

III. EMPRESARIO**Sumario**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Concepto de empresario a efectos laborales. **3. Centro de trabajo.** A) El centro de trabajo es la unidad electoral a efectos de elecciones a comité de empresa y delegados de personal. **4. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria: criterios para declarar su existencia. B) Determinación de la antigüedad de un trabajador que presta servicios para varias empresas de un grupo. **5. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Concepto de propia actividad. C) Exclusión de las indemnizaciones por despido improcedente de la responsabilidad del empresario principal. D) Responsabilidad del empresario principal por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. **6. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Sucesión de contratos temporales fraudulentos: cálculo de antigüedad. **7. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. B) Efectos de la declaración de cesión ilegal en Administración Pública: trabajador indefinido no fijo con derecho de opción para el trabajador. **8. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión. B) Transmisión de empresa y sucesión de contratas. C) Rescate de servicios externalizados por Administración Local. D) Sucesión de concesiones administrativas prevista en el Convenio Colectivo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2009 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 633 a 1127) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Concepto de empresario a efectos laborales

Como motivo de una reclamación de cantidad realizada por una trabajadora que presta servicios como auxiliar administrativo, con dependencia orgánica de la Comunidad Autónoma de Canarias y dependencia funcional del Cabildo Insular de Gran Canaria, se discute la legitimación pasiva de la primera. La Comunidad Autónoma sostiene que habiendo delegado las competencias de Gestión de Centros de Atención a Minusválidos y Tercera Edad en los Cabildos Insulares, no cabe imputarle responsabilidad alguna respecto de las reclamaciones realizadas por las personas que prestan servicio en dichos centros. El Tribunal, tras estudiar la normativa de delegación, determina la responsabilidad de la Administración Autonómica, pronunciamiento que fundamenta en que, según el régimen jurídico aplicable al caso, esta Administración conserva respecto de los trabajadores afectados por la delegación de competencias las facultades disciplinarias, de cese y de abono de los salarios.

“Partiendo de la base de la referida norma rectora de la delegación de competencias, Decreto de la Vicepresidencia del Gobierno de Canarias 160/1997, de 11 de julio, nos encontramos con que conforme al artículo 1 se delega en los Cabildos Insulares las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de gestión de Servicios Sociales Especializados de Centros de Tercera Edad y Minusválidos de titularidad propia y la administración de los fondos públicos de la Administración Autonómica dedicado a subvencionar los Servicios Sociales Especializados.

El artículo 4 determina que en el marco de la delegación los Cabildos Insulares asumen en materia de personal, entre otras, la función de gestión del personal adscrito funcionalmente a los mismos.

El artículo 5 establece que las funciones y servicios delegados se dotarán con los recursos y medios personales y materiales precisos para la prestación de los correspondientes servicios.

El artículo 7 de la misma norma, especificando las funciones que se delegan a los Cabildos Insulares en materia de personal dice que son, entre otras, la gestión de nóminas del personal delegado (párrafo 14) y el reconocimiento de trienios y de la antigüedad (párrafo 18).

Por último, el artículo 53, párrafo 1º, letra d) de la Ley 14/1990 establece que, en todo caso, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias conservará sobre el personal a que este precepto se refiere las facultades relativas a la selección de funcionarios y de personal laboral con carácter indefinido, a la provisión de puestos de trabajo y a la separación del servicio o despido de acuerdo con la legislación que sea de aplicación.

A la vista de todo lo expuesto, hemos de concluir que, si bien la actora depende orgánicamente de la Comunidad Autónoma, funcionalmente depende del Cabildo Insular de Gran Canaria (y a partir del 20 de febrero de 1999 del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo Insular de Gran Canaria –IASS–), por lo cual su relación laboral se encuentra disociada al no haber existido una plena subrogación del Cabildo en el lugar de la Comunidad Autónoma (ni del Instituto codemandado en lugar del Cabildo). Así

III. Empresario

la Comunidad Autónoma se ha reservado la facultad disciplinaria y de cese de la actora, siendo responsable, además, del abono de sus salarios, mientras que el Cabildo ostenta la facultad organizativa. El desempeño de tales poderes, indisolublemente unidos a la figura del empresario, por parte de la Consejería demandada hace que en el plano laboral recaiga sobre ella la condición de empresario o empleador con independencia de la configuración administrativa que la misma adopte”. STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2009, I.L. J 911.

3. CENTRO DE TRABAJO

A) Determinación del concepto centro de trabajo a efectos de la convocatoria de elecciones a comité de empresa y delegados de personal

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de agrupar la totalidad de los establecimientos de venta de teléfonos móviles que una determinada empresa posee en Asturias como si de un centro de trabajo único se tratara a efectos de convocatoria de elecciones. Cada establecimiento afectado por dicha convocatoria cuenta con un responsable y un número de empleados que oscila entre dos y ocho. Los demandantes entienden que todos los establecimientos comerciales constituyen un centro de trabajo; por su parte, la empresa demandada sostiene que cada establecimiento constituye un centro de trabajo independiente, pues se trata de unidades productivas con organización específica y alta ante la Autoridad Laboral, como exige el artículo 1.5 ET. El Tribunal Supremo considera suficientemente acreditada la existencia de una pluralidad de centros de trabajo, conclusión que considera acreditada por la formalización de las altas y por la existencia de un responsable en cada establecimiento. Para ello, el Tribunal recuerda que la Sentencia recurrida “afirma con valor de hecho probado en la fundamentación jurídica que cada uno de los centros está dado de alta (Fundamento Tercero) y consta en el ordinal séptimo que cada centro cuenta con un libro de visitas debidamente diligenciado por la Inspección de Trabajo.

También nos dan noticia los ordinales cuarto, quinto y sexto de que en cada centro existe un *Manager* que responde del rendimiento en base a un presupuesto y objetivo personalizados que fija la Sociedad, dependiendo la retribución de dichos objetivos, diferenciándose las comisiones a percibir. Las cuentas corrientes e inventarios de cada centro son independientes.

Todo lo anterior ha permitido a la Sala de instancia afirmar la condición de centro de trabajo respecto de cada uno de los centros sin que el motivo dirigido a la apreciación de error en la prueba haya proporcionado datos evidentes que sin necesidad de argumentaciones o conjeturas permitan contradecir el relato histórico. Tampoco de la aplicación a la configuración fáctica de los criterios suministrados por el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores cabe alterar la valoración jurídica de los distintos establecimientos comerciales como centros de trabajo a los efectos de la citada norma” STS de 28 de mayo de 2009, I.L. J 1113.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de agrupar los centros de trabajo a efectos electorales, aplicando la doctrina de la Sala respecto a la interpretación de

lo previsto en los artículos 62.1 y 63.1 ET (SSTS de 31 de enero de 2001, de 19 de marzo de 2001 y de 20 de febrero de 2008).

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

Aunque el ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático del grupo empresarial, la jurisprudencia laboral se ocupa de este fenómeno en determinados supuestos. La existencia de un grupo de empresas no produce efectos sobre las relaciones laborales con carácter general, si dichas empresas poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas. Únicamente cuando se trata de grupos ficticios y, por tanto, a los lazos económicos que vinculan a las sociedades del grupo se adicionan otros elementos organizativos, como el funcionamiento unitario, la confusión de plantillas o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, cabe comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo. En este sentido, se pronuncia la **STSJ de Valencia de 4 de febrero de 2009**, I.L. J 784, al abordar un supuesto de despido improcedente en el que son consideradas responsables solidarias las sociedades que forman un grupo del sector de la hostelería:

“Concurren los elementos de la confusión de patrimonios sociales que se manifiesta en el elevado grado de comunicación entre los mismos, al tratarse de sociedades con los mismos socios, con participación individual o con participación de sociedades, de las que también son socios, y de dirección unitaria, que se desprende del control accionarial por parte de las sociedades portuguesas del resto de las sociedades del grupo.”

“Concurre en segundo lugar el elemento denominado doctrinalmente como confusión de plantillas, es decir, la prestación de servicios por parte de los trabajadores para varias empresas del grupo, bien simultáneamente o bien sucesivamente. Situación que ha afectado a los propios trabajadores demandantes.”

“Hay, incluso, algún dato revelador del elemento de apariencia externa unitaria, como es el nombre comercial Sala Maxx que se mantiene a pesar de los cambios en la titularidad de la sociedad que la explota.”

En fin, las actividades que desarrollan las sociedades referenciadas son complementarias unas de otras. Además, existen indicios de que algunas de ellas han sido constituidas o activadas artificiosamente con la intención de perjudicar los derechos de terceros, entre ellos los trabajadores. La prestación laboral sucesiva de los actores ha sido utilizada como medio de defraudar sus derechos, o de encubrir una situación de confusión empresarial y de que, en realidad, el beneficiario de esta situación no es más que el grupo empresarial. En base a todas las razones que anteceden, procede estimar la pretensión de la parte actora, declarando la existencia de grupo empresarial y extendiendo solidariamente el pronunciamiento condenatorio al grupo empresarial”. **STSJ de Valencia de 4 de febrero de 2009**, I.L. J 784.

B) Determinación de la antigüedad de un trabajador que presta servicios para varias empresas de un grupo

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la reclamación realizada por UGT frente a las empresas que forman parte de un grupo, con el objetivo de que se declare el derecho de éstos a que les sea computado el tiempo de servicios prestados en la totalidad de las empresas que forman parte de dicho grupo. Según consta en los hechos probados, los trabajadores han prestado servicios en algunas de las empresas del grupo, realizando sus tareas en el centro de trabajo de las codemandadas, bajo las órdenes de los responsables de éstas y de hecho confundiendo con los trabajadores de la plantilla; posteriormente, los trabajadores fueron contratados por cuenta ajena por las empresas codemandadas, sin que se les haya reconocido el tiempo en que prestaron servicios por cuenta de las empresas contratistas. El Tribunal Supremo aplica al supuesto la doctrina que considera que, con carácter general, la circulación de trabajadores en las empresas del grupo no persigue un fin fraudulento, por obedecer a criterios organizativos, salvo que perjudique los derechos de los trabajadores afectados.

“Todas estas deficiencias definitorias y de regulación no han impedido un copioso tratamiento jurisprudencial de la materia, que parte de las SSTS de 5 de enero de 1968 y 19 de mayo de 1969 y en el que se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral (porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo), sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos (a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley), al más moderno criterio (muy particularmente desde la STS de 3 de mayo de 1990 que sistematiza la doctrina), que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales.”

“Pues bien, admitida como válida aquella definición –amplia– del grupo empresarial (determinada por la dirección unitaria y presumible por la situación de control), tal cualidad resulta de innegable predicamento no solamente de las empresas que formalmente integran el llamado Grupo Unión Fenosa, sino también de aquellas otras entidades participadas mayoritariamente en su capital por Unión Eléctrica Fenosa y con las que los miembros del citado grupo convinieron mercantilmente la contrata de servicios para la patronal de destino, bajo sus direcciones y órdenes y esencialmente en funciones idénticas a las de su propio personal, aunque percibieron sus retribuciones con cargo a la empresa de origen, con Convenio Colectivo distinto al de la empresa de destino (primero de los hechos declarados probados). Esa participación mayoritaria en el capital nos sitúa ante la relación de control y presumible dirección final unitaria de que hablan los artículos 42 CCo, 87 LSA y 4 LMV, así como la definición doctrinal más arriba transcrita, de manera que las contratas de servicios pactadas presentan –bajo su ropaje mercantil– el fenómeno de prestación sucesiva de servicios entre empresas del mismo grupo, primero a través de la figura de puesta a disposición y con posterioridad mediante la cesión definitiva que se instrumenta por la sustitución de contratos (extinción del primitivo con la empresa que figura como comitente y celebración de uno nuevo con la que ostenta formal cualidad de principal).”

“Y retomando las afirmaciones precedentes en orden a la licitud general de la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial (fundamento cuarto, apartado 4), hemos de añadir ahora que se trata —en efecto— de una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, las que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores; así se expresa la citada STS de 26 de noviembre de 1990 (recurso 645/1990), en términos que reproducen literalmente las posteriores decisiones de la Sala que más arriba indicábamos.” “Porque lo que no hay que olvidar es que pese a su general licitud, salvo que responda a una finalidad fraudulenta (constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador) de la que en autos no consta dato alguno acreditado como probado, en todo caso no dejamos de estar en presencia de una cesión de trabajadores (por los sucesivos mecanismos de puesta a disposición y contratación directa) y como tal cesión —aunque legal— no puede limitar los derechos del empleado, tal como la Sala ha afirmado con carácter general en la doctrina antes citada, proclamando la observancia de las garantías establecidas por el artículo 43 ET, y que más específicamente reconocemos ahora en materia de antigüedad, de acuerdo con el texto de la norma previamente referida (si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión) y como hemos afirmado en supuestos de cesión ilegal de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal (SSTS de 4 de julio de 2006, rcud. 1077/2005; 3 de noviembre de 2008, u.d. 3883/2007 y 17 de febrero de 2009, u.d. 2748/2007); antigüedad que nos parece indudable se ha de reconocer a todos los efectos (retributivos, promocionales e indemnizatorios), por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación —sin solución de continuidad— con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 3.5 ET)”. STS de 25 de junio de 2009, I.L. J 815.

5. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

El TSJ de Castilla-La Mancha desestima la existencia de cesión ilegal en un supuesto de externalización de servicios en el sector textil. Se da la circunstancia de que el contrato entre la empresa principal y la contratista reserva a la primera importantes facultades, tales como la exigencia de exclusividad, el mantenimiento de las responsabilidades sobre el transporte de materiales y del producto elaborado, el suministro de maquinaria de su propiedad a la empresa contratista, la determinación de las vacaciones de los trabajadores de la contratista y un intenso control tanto del suministro de materias primas como del proceso de producción de prendas de vestir. A pesar de ello, el Tribunal considera que los hechos probados determinan la existencia de una lícita externalización de servicios, encuadrable en el supuesto de las contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET), conclusión que no queda desdibujada por los hechos declarados probados en la sentencia de instancia:

“Realidades las descritas que no se desdibujan por circunstancias tales como el hecho de que Confecciones Unidas tuviese como único cliente a Burberry, en tanto que ello es una decisión que se entronca dentro del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad predica-

ble, sin duda, de las personas jurídicas, siendo ésta, sobre la base de su propio entramado económico y organizativo, quien decide el número de sus clientes. Ni por la circunstancia de que las vacaciones de los trabajadores de la primera se adecuaran a las fechas indicadas, que no impuestas, por la segunda, dado que ello es un simple reflejo de una necesidad constatada, cual era la exclusividad como cliente de ésta. No afectando tampoco a la independencia organizativa y de dirección de la contratista el hecho de que técnicos de la principal se desplazasen periódicamente a las instalaciones de la primera para supervisar la fabricación de sus productos, al ser ello una consecuencia directa del ejercicio de sus facultades de control, lo que se debe hacer extensible a la comunicación diaria entre el Jefe de Producción de Confecciones Unidas y el técnico de Burberry. Sin que, por último, se pueda configurar como dato indiciario de la cesión ilegal el hecho de que en dos ocasiones Confecciones Unidas solicitase autorización para suspender temporalmente los contratos de trabajo de parte de su plantilla aduciendo como causa la disminución progresiva de los pedidos de su único cliente, ya que ello no supone más que la simple constatación de una situación laboral y económica negativa de la empresa, que como tal implicó la autorización de lo solicitado, reafirmando con ello la asunción por la empresa de sus propias responsabilidades frente a sus trabajadores.” STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009, I.L. J 1025.

B) Concepto de propia actividad

La STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2009, I.L. J 922, resuelve la cuestión litigiosa en torno a si la actividad de cafetería en una estación ferrocarril puede ser incluido en el concepto de propia actividad, al objeto de extender la responsabilidad salarial y de Seguridad Social prevista en caso de contratas y subcontratas de esta naturaleza (artículo 42.2 ET) a las empresas RENFE y ADIF, por despido improcedente de los trabajadores. La empresa de cafetería y las codemandadas mantenían contrato de arrendamiento de local de negocio. Conforme a la doctrina judicial en la materia, es preciso aclarar previamente si esta actividad es inherente al ciclo productivo correspondiente a la prestación del servicio de transporte (SSTS de 22 de noviembre de 2002, de 18 de julio de 2005 y de 14 de noviembre de 2006). Aplicada dicha doctrina al caso que nos ocupa, la Sentencia rechaza que se trata de servicios correspondientes a la propia actividad y, por tanto, excluye la responsabilidad solidaria legalmente contemplada (artículo 42.2 ET), tras argumentar que:

“la actividad de cafetería dentro de una estación de ferrocarril, aun cuando pueda ser considerada como muy importante, sin embargo no puede alcanzar el calificativo de nuclear referido al objeto integrante de la actividad desarrollada por las entidades codemandadas, esto es, Renfe y Adif, y que se concreta en el transporte ferroviario de personas y mercancías”. STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2009, I.L. J 922.

C) Exclusión de las indemnizaciones por despido improcedente de la responsabilidad del empresario principal

Continuando con el comentario del litigio referente al servicio de cafetería en estación de ferrocarriles, más arriba iniciado, el Tribunal, aunque rechaza la posibilidad de aplicar la

responsabilidad solidaria comentada por tratarse de una actividad ajena a la propia desarrollada por la empresa principal, encuentra un segundo motivo para rechazar las peticiones de los demandantes. La Sentencia, también siguiendo la reiterada doctrina judicial expresada entre otras en las SSTs de 20 de mayo de 1998 y de 9 de mayo de 2005, incluso cuando se trata de propia actividad limita la responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social, motivo por el cual considera que no cabe imponer tal responsabilidad a la principal por las cuantías correspondientes a las indemnizaciones por despido y al pago de los salarios de tramitación, toda vez que estas cantidades poseen naturaleza extrasalarial.

“De lo dispuesto en el artículo 42 del ET resulta que la responsabilidad solidaria que el mismo establece se extiende a dos materias distintas: las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores ocupados en la contrata, y las referentes a la Seguridad Social sobre los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, así como sobre las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización. Respecto de la primera materia, que es la que aquí se debate –obligaciones salariales–, el artículo 42.2 del ET precisa que la responsabilidad solidaria del empresario principal se constriñe a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores, y esa circunscripción a las obligaciones salariales que introdujo el artículo 42.2 del ET”. “Si el precepto introducido en 1980 ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obliga a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 26 del propio Estatuto, con exclusión de otras retribuciones de naturaleza extrasalarial, aunque traigan su causa del contrato de trabajo.

Y siendo esto así ni la indemnización por despido se podrá catalogar como obligación de naturaleza salarial, encuadrable en el artículo 42.2 del ET, dado que la misma queda expresamente excluida por el artículo 26.2 del ET; ni tampoco se podrá caracterizar como tal los salarios de tramitación, al participar los mismos de igual carácter indemnizatorio, tal y como mantiene el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 18 de abril de 2007.” (RJ 2007/3540, STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2009, I.L. J 922.

D) Responsabilidad del empresario principal por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

El conocido recargo de prestaciones de Seguridad Social a favor de una víctima de un accidente de trabajo o a sus causahabientes se contempla legalmente cuando dicho hecho se haya producido con inobservancia de las medidas generales o particulares en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 123 LGSS). Por su parte, la legislación en materia de prevención obliga a la empresa principal que contrate o subcontrate con empresas auxiliares a vigilar el cumplimiento que estas empresas hacen de las normas vigentes en materia de prevención de riesgos laborales en la realización de dicha contrata, siempre que se cumplan dos requisitos: que la obra o servicio contratado sea de la propia actividad de la empresa y que las tareas se realicen en el centro de trabajo de la principal (artículo 24.3 LPRL). Numerosos litigios sobre la posibilidad de extender la responsabilidad

del pago de este recargo de prestaciones al empresario principal han debido resolverse por distintos Tribunales durante los últimos meses.

La Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid resuelve un supuesto de recargo de prestaciones por accidente de trabajo sufrido por un trabajador mientras se encontraba en una zanja abierta recogiendo material. La realización de la obra de soterramiento de líneas eléctricas en la que se produjo el siniestro fue contratada por Iberdrola con la empresa Excavaciones Reditel, siendo esta última la que a su vez contrató parte de los trabajos con la empresa para la que prestaba servicios el trabajador accidentado. Fijada la procedencia del recargo de prestaciones, se discute sobre si la responsabilidad alcanza también a Iberdrola, como empresa principal o, por el contrario, esta última debe considerarse mera empresa promotora quedando eximida de tal responsabilidad. En opinión del Tribunal, existen datos suficientes para responsabilizar a Iberdrola del recargo de prestaciones, considerando que se cumplen los dos requisitos establecidos legalmente, referidos a la naturaleza de la actividad y al lugar en que se produce el accidente, que permiten exigir el diligente cumplimiento del deber de vigilancia del empresario principal (artículo 24.3 LPRL). Por lo que respecta a la actividad, la sentencia sostiene que la actividad que concertó Iberdrola era inherente a su actividad ya que sin los elementos que debía montar la empresa subcontratista, la principal no podría distribuir energía eléctrica; mientras que sobre la cuestión relativa a si el accidente se produjo o no en el centro de trabajo de la principal, el Tribunal hace uso de anteriores pronunciamientos, para resolver en positivo dicha cuestión, con un planteamiento que parece condicionar el cumplimiento del segundo requisito a la superación del primero, aunque en nuestra opinión se trata de elementos que requieren juicios independientes.

“Pues bien, sobre el alcance del artículo 24.3 LPRL, y en ese marco legal, la jurisprudencia se ha pronunciado en tema similar –cableado telefónico– afirmando que el primero de los referidos problemas que conviene abordar por razones de método es el relativo a si la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de su trayecto supone el ejercicio de lo que el artículo 24.3 antes citado denomina, al igual que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, propia actividad de la empresa comitente o principal y la respuesta que ha de darse es la misma que se dio en la sentencia recurrida, desde el momento en que esas obras, esas instalaciones, esas labores a realizar constituyen el soporte permanente de la actividad de telefonía, que es la básica de la empresa recurrente. Siguiendo nuestra doctrina sobre el alcance del referido concepto legal contenido en la Sentencia de 24 de noviembre de 1998, en la que se cita la de 18 de enero de 1995, lo que determina que una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este caso, no se concibe el desarrollo de la actividad de telefonía sin las propias líneas, que forman parte de la empresa misma y que además requerirán siempre de atenciones y mantenimiento para la correcta prestación del servicio de telefonía. La colocación del tendido que llevaba a cabo la empresa contratista es por tanto algo que forma parte del ciclo productivo de la principal como inherente a las actividades propias de la prestación de los servicios de telefonía.

De todo lo anterior se desprende que si la colocación de postes del tendido aéreo de líneas telefónicas forma parte de la actividad propia de la empresa que va a prestar sus servicios de telefonía por medio de esa estructura o red, el lugar donde se están realizando esas tareas

de colocación de los elementos materiales que la soportan, aunque sea en despoblado o en el campo, como en este caso, realmente constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas (SSTS de 22 de noviembre de 2002).” STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2009, I.L. J 770

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza la responsabilidad del empresario principal en el recargo de prestaciones, tras considerar que la actividad de fabricación y montaje de carpintería metálica no forma parte de la actividad del primero dedicado a la fabricación y comercialización de aparatos para la reducción del consumo de energía eléctrica.

“A efectos de determinar el empresario infractor, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, cabe decir que el accidente en cuestión no se produjo dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal, ni por una infracción directamente imputable al mismo, pues Circutor, SA, que no se dedica a la actividad de carpintería como se ha dicho, no se reservó la dirección y control del trabajo que debía desarrollar el actor, sino que se comprometió sólo a proporcionar medios propios de elevación para un trabajo en altura que obviamente debían ser adecuados y seguros para tal fin. La instalación de la carretilla elevadora fue llevada a cabo inicialmente por un trabajador de Circutor, SA, pues requiere ajustar correctamente la cesta a las palas. Fue el posterior desmontaje de la carretilla para emplearla en otros usos cuando los dos trabajadores se fueron a comer y el intento que realizaron el actor y su compañero de volverla a montar por su propia cuenta sin solicitar la ayuda o colaboración del personal de Circutor, SA, lo que motivó un deficiente ajuste o anclaje que a la postre fue lo que provocó el accidente.

La causa directa e inmediata del mismo, como apreció la Inspección de Trabajo, fue la incorrecta manipulación del toro con cesta y la falta de formación por parte de su empresa para el manejo de tal aparato y, sólo en segundo lugar, como causa mediata, una deficiente coordinación entre las empresas.

Sobre tales premisas no es posible extender la responsabilidad solidaria a la empresa principal, por lo que al haberse producido la infracción denunciada, el recurso debe ser desestimado.” STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2009, I.L. J 659.

6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Sucesión de contratos fraudulentos con distintas Empresas de Trabajo Temporal y con la empresa usuaria: cálculo de la antigüedad

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón debe pronunciarse sobre una reclamación de despido realizada por un trabajador que ha prestado servicios en una empresa de fabricación de remolques durante varios años, inicialmente a través de distintas empresas de trabajo temporal, y finalmente con la propia empresa que ahora lo despide. Se considera probado que el trabajador ha prestado sus servicios como peón especialista, tanto cuando lo hacía en virtud de contratos de puesta a disposición como cuando fue contratado directamente, en el mismo puesto de la cadena de montaje y formando pareja a sorteo cada cierto tiempo con trabajadores de la empresa. Habiendo reconocido el empresario

la improcedencia del despido, se discute, a efectos de cálculo de la indemnización por despido improcedente, si deben computarse las prestaciones de servicio realizadas a través de empresas de trabajo temporal. La sentencia entiende que debe tenerse en cuenta la totalidad de la prestación, independientemente de su naturaleza de contratos de puesta a disposición o de contratos de duración determinada, comparten una conducta fraudulenta y por tanto la consecuencia jurídica debe ser la aplicación de la regulación legal que se pretende eludir, en este caso la existencia de un contrato único:

“desde el 4 de octubre de 2001 hasta el 31 de agosto de 2008 el demandante ha venido prestando servicios, sin práctica solución de continuidad, para la empresa demandada mediante tres contratos sucesivos de puesta a disposición, lo dos primeros prorrogados, y un contrato celebrado directamente con la que había sido empresa usuaria el 1 de septiembre de 2005, convertido en indefinido en 31 de agosto de 2006, en todos los contratos se constató que la causa de la temporalidad eran las circunstancias de la producción sirviendo el actor el mismo puesto de trabajo, lo que descubre, como señala la sentencia recurrida, que una necesidad que persiste todos esos años es una necesidad permanente. Y la misma disposición sucesiva de los contratos, con aparente diversidad de objetos, pone de relieve que no era la causalidad concreta de cada uno de ellos la determinante de la contratación en cada momento, sino que ésta obedecía mejor a una necesidad prolongada y continua de mano de obra, provista en un principio por empresa de trabajo temporal hasta que, finalmente, se elimina su comentada intermediación.

Por tanto, la antigüedad a computar a efectos del cálculo de la indemnización debe comprender, como fecha inicial, desde el 4 de octubre de 2001.” STSJ de Aragón de 6 de abril de 2009, I.L. J 973.

7. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

La prohibición legal de la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, solamente queda exceptuada para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas (artículo 43.1 ET). Cuando el tráfico prohibido es simulado a través de la presunta existencia de una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la demostración de la concurrencia de la cesión ilícita se hace más compleja, resultando decisivo a efectos de delimitación determinar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. A partir de esta doctrina, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria declara la existencia de cesión ilegal en un supuesto de prestación de servicios de un trabajador como Ayudante de Investigación y Laboratorio en las instalaciones del Instituto Español de Oceanografía, por medio de sucesivos contratos de duración determinada celebrados con distintas empresas de servicios. El Tribunal determina la existencia de cesión ilegal, asumiendo que la empresa contratista se limitó a ceder mano de obra sin poner en juego su organización, conclusión que extrae de los siguientes hechos probados:

“El actor desarrollaba su prestación de servicios en las instalaciones del IEO (hecho probado cuarto), con los medios materiales propiedad de éste (hecho probado séptimo), que incluían el material de oficina, laboratorio, *hardware* y *software*, línea telefónica, correo electrónico y además, utilizaba una bata de trabajo del mismo Instituto y disponía de un vehículo facilitado también por el mismo (hecho séptimo). El trabajador debía efectuar el fichaje de control de horario de trabajo mediante la tarjeta facilitada por el IEO, al igual que el resto del personal al servicio de aquél (hecho noveno) y además, recibía instrucciones de trabajo de una funcionaria del IEO, doña Penélope (hecho cuarto). Las funciones del actor se especifican en el hecho quinto, que damos por reproducido.

De otra parte, no existe constancia de que la empresa cedente ejerciera, de algún modo, el poder de dirección empresarial sobre el demandante (...).

Resultando probado que el actor recibe todas las instrucciones relativas al desarrollo de la prestación de servicios por parte del citado organismo y sin intervención alguna de la empresa cedente, no cabe entender que nos encontremos ante una lícita contrata de obra, ya que no se ha acreditado la concurrencia de ningún hecho objetivo que permita sostener la autonomía de la misma y ello con independencia de que el pliego de prescripciones técnicas constata el tiempo de duración del servicio, así como la imposibilidad de establecer una relación laboral, puesto que se ha acreditado que la actividad del actor se encuentra enmarcada dentro de la normal del centro oceanográfico y en su desarrollo emplea los medios materiales propiedad de éste y está bajo la dirección del personal a su servicio.” STSJ de Extremadura de 12 de febrero de 2009, I.L. J 703.

A la misma conclusión llega la STSJ de Aragón de 18 de marzo de 2009, I.L. J 895, tras considerar acreditado que “los trabajadores del empresario codemandado constituyen un grupo que, bajo una cobertura empresarial mínima, por imprescindible, en cuanto a estructura empresarial y equipación individual para el trabajo, se emplean realmente al servicio de otra empresa, cuyo objetivo social o actividad productiva exigiría contar en plantilla con trabajadores propios en mucho mayor número que el que tiene (no cuenta con personal propio para realizar su objeto, dice la sentencia de instancia), no precisándolo por contar con aquel grupo de trabajadores, del empleador cedente, que realizan la actividad laboral que precisa la empresa principal, cesionaria, en sus locales y con su maquinaria, junto a otros trabajadores de otras empresas, conforme a las instrucciones de la principal o cesionaria y las de su propio empleador, realizándose así entre las empresas no una transferencia del resultado del trabajo (contrata), sino del trabajo mismo (cesión ilegal)”.

Similar condena se plantea en un supuesto de contratación de un ingeniero de caminos por distintas empresas, para prestar servicios en la Administración Autonómica de Cantabria: “resulta sin embargo acreditado que la actora ha prestado servicios en la Consejería de Medio Ambiente, con horario, despacho, directrices y organización de la propia Consejería. Es decir, la empresa que facilitó a la actora, tiene una actividad y una organización propias, motivo de que fuera contratada bajo la modalidad de asistencia técnica, pero lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, ya que la trabajadora de la una, INICAN, SL, trabajó permanentemente para la

Consejería y bajo las órdenes de ésta e incluso asistió como representante de la Consejería a la mesa de contratación en presentación de ofertas, apertura de plizas y defensa de informes propuestas. Se limitó exclusivamente la empresa codemandada, a través de la que fue contratada la actora, a abonarle a ésta los salarios”, STSJ de Cantabria de 18 de marzo de 2009, I.L. J 912. La doctrina expuesta es seguida por distintos Tribunales Superiores de Justicia cuando han debido enfrentarse a supuestos de contenidos semejantes, son los casos de las SSTSJ de Galicia de 31 de marzo de 2009, I.L. J 936; de Madrid de 24 de abril de 2009, I.L. J 1063; de Andalucía de 24 de marzo de 2009, I.L. J 888; de Canarias (Las Palmas) de 18 de febrero de 2009, I.L. J 765.

Sin embargo, no se considera la existencia de cesión ilegal en un supuesto de adjudicación de la actividad de realización de actividades de enseñanza deportiva y otras complementarias que se determinen para la ejecución de los programas deportivos municipales. Se considera probado que los trabajadores desde el inicio de la relación laboral han venido prestando servicios en las dependencias municipales, con los elementos materiales proporcionados por el ayuntamiento que además supervisa los permisos y vacaciones de los trabajadores. Por su parte, la empresa adjudicataria es la que retribuye a los trabajadores, coordina y supervisa la ejecución de la prestación de trabajo de éstos. STSJ de Galicia de 3 de abril de 2009, I.L. J 1052.

B) Efectos de la declaración de cesión ilegal en Administración Pública: trabajador indefinido no fijo con derecho de opción para el trabajador

La naturaleza pública o privada de la empresa que actúa como cesionaria ilegal no afecta a la calificación del supuesto aunque sí a alguno de sus efectos, pues en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas, el trabajador puede solicitar ingresar en ésta mediante relación de trabajo indefinida (artículo 43.4 ET), pero no podrá ocupar su puesto de trabajo con carácter fijo; así lo ratifican las SSTS de 14 de mayo, 10 de junio y de 13 de julio de 2009, u.d., I.L. 679, 751 y 993, en supuestos de cesión ilegal, mediante distintas empresas auxiliares, de unos trabajadores contratados como redactores para llevar a cabo la grabación y transmisión de entrevistas y de noticias desde Madrid para la televisión autonómica gallega. Similar fallo se contiene en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de marzo de 2009, I.L. J 888, en un supuesto de cesión ilegal de una trabajadora contratada como auxiliar administrativo por una empresa que presta servicios en unas dependencias del Ministerio de Defensa.

8. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

Las garantías establecidas legalmente para los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la empresa también resultan aplicables cuando dicho cambio de titularidad se produce únicamente sobre una parte de la empresa, es decir, sobre un centro de trabajo o sobre una unidad productiva autónoma, siempre que la actividad transmitida conserve su

identidad (artículo 44 ET). Los problemas aplicativos del precepto en numerosas ocasiones aparecen a la hora de diferenciar la cesión de una verdadera actividad productiva de la transmisión de unos simples bienes que no gozan de la autonomía suficiente como para desarrollar por sí mismos una actividad empresarial. La pervivencia de las relaciones laborales en el momento de la transmisión y de la actividad empresarial, una vez producida la transmisión, resultan indicios fundamentales en tales supuestos, pues se entiende que no existe transmisión de empresa cuando el empresario adquirente no muestra intención de continuar con la actividad productiva. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón aborda un supuesto en el que, tras la aplicación de un Expediente de Regulación de Empleo, el empresario decide vender el inmueble en el que desarrollaba su actividad empresarial y la maquinaria de la empresa.

“De forma y manera que no puede aplicarse el artículo 44 ET cuando, como ocurre en el caso enjuiciado, según argumenta con claridad la sentencia impugnada en el séptimo de sus fundamentos, tras la aprobación del ERE no ha continuado la actividad en el centro de trabajo y la venta del inmueble de la empresa y de su equipamiento se produjo después de la extinción de los contratos, salvo los de tres directivos que lo fueron pocos días después, pero en todo caso, una vez terminada su prestación de servicios, prestación que en ningún caso siguió con las empresas, antes administradoras de la principal, que adquirieron los bienes de aquélla.” STSJ de Aragón de 3 de marzo de 2009, I.L. J 892.

La finalización de una actividad empresarial difícilmente puede producirse en el tráfico jurídico y comercial de forma automática, pues tomada la decisión por el empresario suelen restar operaciones en curso que deben ser atendidas. Es por ello que se considera que no existe continuidad en la actividad cuando el empresario se limita a liquidar, de forma directa o a través de algún colaborador, las operaciones pendientes (STS de 25 de abril de 2000). Dicha doctrina es aplicada en un supuesto de extinción del contrato de las trabajadoras que prestaban servicio en una empresa inmobiliaria por declaración de incapacidad permanente absoluta del empresario. Las demandantes sostienen que ha existido sucesión de empresa, pues una de las antiguas trabajadoras, en su opinión, ha continuado con la actividad. La sentencia rechaza dicha posibilidad, considerando que únicamente ha sido probado que la codemandada atendió llamadas de algunos clientes y que durante poco tiempo mostró alguno de los inmuebles que la empresa cerrada gestionaba, circunstancias que estima actividades realizadas por deferencia con el empresario incapacitado, si que por tal actividad llegara a recibir contraprestación alguna ni llegar a cerrar operación alguna:

“Eso es lo que ha sucedido en este caso, el titular de la empresa para la que prestaban servicios las trabajadoras demandantes era una persona física que fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo por la entidad gestora de las prestaciones de la Seguridad Social y esa situación le impide seguir desarrollando su actividad empresarial, lo que supone la extinción de los contratos de trabajo que tenía suscritos, a tenor del artículo 49.1.g) ET, lo cual no sucedería si esa actividad hubiera continuado, bien por el propio empresario, bien, como en el precepto se señala, por otro que suceda

al anterior en virtud del artículo 44 ET, pero aquí no se da ninguna de esas dos situaciones, porque, si alguna actividad se ha realizado después de la incapacitación del empresario ha sido simplemente para liquidar operaciones que ya estaban en marcha o para trasladarlas a otros profesionales dedicados a la misma actividad y que eso se haya hecho por otra de las que eran empleadas del demandado, no supone que esa trabajadora se haya convertido en empresaria de las demandantes por la subrogación que regula el citado artículo 44 ET.” STSJ de Extremadura de 19 de marzo de 2009, I.L. J 930.

Como venimos diciendo, el efecto subrogatorio derivado de la transmisión de empresa exige que la actividad empresarial se mantenga tras el proceso de transmisión, pero conviene tener presente que dicha actividad puede sufrir modificaciones durante dicho proceso, es decir, la subrogación del empresario cesionario es exigible incluso cuando la actividad transmitida haya sufrido alteraciones no sustanciales, siempre que se verifique la presencia del resto de los requisitos exigidos por la norma:

“En cuanto a las infracciones que señala la misma recurrente, se alega como aplicado de forma inadecuada el artículo 44 del ET, por partir, a criterio de dicha parte, de premisas erróneas, como el amplio objeto social de Paracelso, la falta de presentación de facturas que acrediten la inversión en el inmueble objeto de arriendo, la asunción de varios trabajadores de la empresa anterior. Pero el hecho de que la actividad, según se señala por dicha recurrente, sea parecida y no idéntica, no constituye una objeción a la existencia de sucesión de empresas, existiendo por el contrario suficientes elementos para concluir en un sentido favorable al entender efectuada una sucesión empresarial.

Partiendo de la doctrina mencionada por la sentencia de la instancia, que ha sido recogida por esta misma Sala, y cuya cita obviamos para evitar reiteraciones inútiles, se desprende con claridad no sólo la presencia del elemento subjetivo de la transmisión, ya que se ha producido un cambio de empresario en la realización de la actividad empresarial, sea ésta esencialmente la misma o haya sufrido un cambio no relevante, que en el caso preciso no se precisa ni concreta, limitándose la parte recurrente a mencionar que no se produce la identidad de actividades. Pero, también concurre el elemento objetivo ya que ha pasado de una a otra empresa el conjunto organizativo que permite la continuidad de la actividad empresarial. Así no solo se han mantenido el conjunto de los elementos materiales que caracterizan la actividad de explotación de la empresa, sino que, además de los personales, constituidos por la mayor parte de los trabajadores que prestaban sus servicios para la empresa ahora en concurso. E incluso se ha procedido a mantener el nombre bajo el cual giraba el local, lo que permite, como es obvio, que su identidad cara a los consumidores sea la misma, garantizándoles así que la actividad a la que venía dedicándose sea, también, la misma.” STSJ de Valencia de 4 de febrero de 2009, I.L. J 784.

B) Transmisión de empresa y sucesión de contratas

El objetivo central que persigue la regulación laboral que regula las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. La aplicación de esta normativa a los supuestos de sucesión de contratas queda abierta legalmente cuando se considera que

existe transmisión de empresa cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio” (artículo 44.2 ET). La interpretación de dicho precepto continúa siendo polémica, a pesar de las modificaciones en la materia y los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales. La **STSJ de Aragón de 15 de abril de 2009**, I.L. J 975, aborda un supuesto en el que un trabajador que presta servicios como auxiliar para una empresa de servicios, en el centro de trabajo de una gran superficie comercial. Finalizada la duración de la contrata, una nueva empresa resulta adjudicataria de dicho servicio, discutiéndose la aplicabilidad de la subrogación contractual al supuesto objeto de litigio. El Tribunal rechaza esta posibilidad por considerar que no ha existido transmisión de elementos patrimoniales, sin que en su opinión la contratación de algunos trabajadores por la nueva adjudicataria del servicio sea elemento suficiente para apreciar la existencia de sucesión de empresa en el cambio de titularidad de la contrata:

“En el supuesto enjuiciado en la presente litis no se ha producido ninguna clase de transmisión de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni se ha acreditado que el nuevo empresario se hiciera cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata. Por consiguiente, no se ha acreditado la concurrencia del supuesto de hecho que regula la sucesión de empresas ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni está prevista subrogación convencional alguna, no pudiendo este Tribunal sino declarar no haber lugar al recurso de suplicación, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.” **STSJ de Aragón de 15 de abril de 2009**, I.L. J 975.

C) Rescate de servicios externalizados por Administración Local

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha aborda un supuesto en el que un determinado Ayuntamiento decide asumir directamente la gestión del servicio de guardería infantil, para resolver la reclamación planteada por despido por una trabajadora contratada por la empresa que pierde la concesión. La demandante, finalizada la concesión, concertó contrato de trabajo de duración determinada por interinidad, hasta la cobertura de la vacante mediante los procedimientos correspondientes, contrato que el Ayuntamiento decide extinguir por motivos disciplinarios con posterioridad. La sentencia niega la existencia de sucesión de empresa por no existir transmisión de elementos patrimoniales:

“En el primer motivo dedicado a la revisión del derecho aplicado invoca la parte actora y recurrente la infracción del artículo 44 ET y del artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, al no estimarse por la sentencia impugnada la existencia de una sucesión empresarial entre la empresa Volmae y el ayuntamiento demandado. En este aspecto del debate debe partirse de que, tal como informa la sentencia de instancia, el ayuntamiento de Ugena demandado asumió directamente el servicio de guardería infantil que hasta el momento tenía adjudicado la empresa Volmae, en el cual se encontraba adscrita la trabajadora accionante, y para la efectividad de tal asunción, la corporación local procedió a la creación de cinco nuevas plazas, y a la contratación como eventuales o interinos de los trabajadores que venían

prestando servicios para la empresa Volmae, en tanto se tramitaban las oportunas convocatorias, sin que exista el menor indicio en el relato de hechos de la sentencia recurrida, de que se hayan transmitido elementos materiales entre la empresa y el ayuntamiento.” **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2009**, I.L. J 1087.

D) Sucesión de concesiones administrativas prevista en el Convenio Colectivo

Caso particular es el de la sucesión de concesionarias de los servicios de asistencia en tierra en las instalaciones aeroportuarias, tradicionalmente excluidas de la aplicación de la subrogación contractual prevista legalmente (artículo 44 ET) (**SSTS de 29 de febrero de 2000**, de 8 de abril de 2003, de 25 de junio de 2003 y de 16 de noviembre de 2005). Cuando la subrogación empresarial no se produce por aplicación de la normativa legal, cabe la posibilidad de asegurar la continuidad de las relaciones laborales a partir de lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable, si bien en dichos supuestos las condiciones en que se produce la subrogación empresarial debe ajustarse a los requisitos y efectos previstos en la norma convencional. En esta ocasión, se discute la aplicación de lo previsto en el Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra (*Handling*), al objeto de determinar la antigüedad de una trabajadora que ha prestado servicios sucesivamente para distintas concesionarias de dicho servicio:

“Finalmente, debe tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 61 del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra (*Handling*), en el que se establece que sólo los trabajadores de la empresa o entidad cedente de la actividad que voluntariamente lo acepten, podrán pasar a la empresa cesionaria o entidad que vaya a realizar el servicio, en los supuestos y condiciones que se establecen en el presente Capítulo, y en este sentido y en relación a la cuestión litigiosa, se establece en el artículo 67.D) que ‘A los trabajadores procedentes de la empresa cedente, tanto en los supuestos de subrogación total como parcial, les será de aplicación el Convenio Colectivo o Acuerdo de la empresa cesionaria. No obstante, la empresa cesionaria deberá respetar a los trabajadores subrogados, como garantía *ad personam*, los siguientes derechos: (...) 2. Antigüedad del trabajador sólo a efectos indemnizatorios en caso de resolución de contrato’.

En consecuencia, al reclamarse en el presente litigio el derecho de antigüedad a otros efectos, como es la percepción del concepto salarial consistente en el complemento de antigüedad, y no a efectos indemnizatorios, supuesto que no concurre en el caso de autos, se produce, además, una falta de acción por parte del actor, ya que no se reclama acción alguna que tenga efectos indemnizatorios, sino el reconocimiento de una antigüedad a efectos de percibir un complemento o plus salarial, el cual no se contempla en el artículo 61.D).2 del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra, que sólo respeta la antigüedad a efectos indemnizatorios en casos de resolución de contrato por causas ajenas al trabajador.” **STSJ de Baleares de 14 de mayo de 2009**, I.L. J 1103.

La aplicación del citado convenio colectivo es objeto de interpretación en otro supuesto, aunque en esta ocasión la demandante pretende que se declare que la opción ejercida por la trabajadora, a quien se le planteó la posibilidad de integrarse en un expediente de regulación de empleo o en la plantilla de la nueva adjudicataria del servicio, se realizó bajo coacción y

que la empresa que pierde la concesión de dicho servicio actuó con abuso de derecho. El Tribunal rechaza las pretensiones de la trabajadora, con los siguientes argumentos:

“No existe una situación de intimidación, coacción o violencia que justifique la alegación del recurrente lo que obliga a desestimar toda la batería de argumentos que hacen hincapié en la falta de consentimiento y que aparecen reflejados en las letras a), b) y c).

Por lo que respecta a la alegación de ejercicio abusivo de su derecho por parte de Iberia, hay que tener en cuenta que esta Compañía que es la propietaria de la empresa, al perder el *handling* organizó la nueva situación que nacía de la sucesión o subrogación que se producía, atendiendo a los intereses empresariales, para lo cual ofreció a los trabajadores la posibilidad de ser subrogados con arreglo al Convenio Colectivo del Sector, o de ser incluidos en el ERE, pues la pérdida del *handling* comportaba la necesidad de una importante reducción de plantilla.

Tal actuación no parece que sea un abuso de derecho, ni supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que la recurrente está haciendo efectiva precisamente a través del presente procedimiento.” STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de febrero de 2009, I.L. J 762.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO